Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Curator der X***., auch die untergerichtliche und obergerichtliche Behörde mittreffen.

Daran erkenne man wenigstens, daß das praktische Rechtsleben oft mehr Umsicht erfordert, als eine hochweise Predigt vom Lehrstuhle.

XXIII.

Einige Worte über die Trennung der Gerichte in Civil- und Administrativ-Gerichte.

Von

Dr. Nibler, Königl. Baier. Advocaten zu Straubing.

§. 1.

Es ist jetzt auch die Frage lebendig: „ob die administrativ-contentiösen Sachen eigenen Gerichten zugetheilt seyn sollen“?

Würden für dergleichen Rechtsstreitigkeiten besondere, wie die regulirten Civilgerichte unabhängige, Gerichte angeordnet, besetzt mit juridisch gebildeten Richtern und Sachkundigen, wie z. B. bei einem Handelsgericht es der Fall seyn kann, so wäre dagegen wohl in finanzieller Hinsicht viel, in andern Rücksichten aber weniger einzuwenden [1]). Dorthin gehet aber auch nicht überall das Streben, sondern man will vielmehr nur den administrativen Behörden einen richterlichen Charakter beilegen [2]).

Die Entscheidung der Frage: ob dieses gerecht und zwecklich sey? wird zunächst dadurch erschwert, daß der Begriff

---

1) Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern, München 1818.

2) v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuches ꝛc. I. Vor S. XVI. ff. II. S. 56. Dagegen Rudhart, über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzb. 1817. Diese Schrift ist zum Theil Quelle und Leitfaden obiger, hie und da mehr in das Specielle eingehenden, Abhandlung. Suum cuique!

von [3]) administrativ-contentiösen Sachen bis jetzt nicht im Reinen ist, und wenigstens zu sehr erweitert wird. Man verwechselt nämlich mit ihnen, oder ziehet verwirrend in ihren Kreis, auch solche reine Regierungssachen, wo zwar allerdings auch Privatpersonen betheiligt sind, worüber es aber solche bestimmte positive Civilgesetze weder giebt, noch füglich geben kann, aus welchen der Unterthan sich ein Recht für seinen Privatrechtskreis dergestalt aneignen könnte, daß dieses einen bleibenden Theil seines Eigenthums im allgemeinen Sinn bildet, m. a. W. ein erworbenes Recht, und in welchen bloßen Regierungssachen folglich das Meiste doch den Einsichten einer prüfenden und regulierenden Staatsgewalt überlassen werden muß. Hat man nun einmal in diesem gleichsam gesetzlosen Gebiet vernünftiger und zwecklicher Regierungswillkühr, welche nur durch, aus der Natur der Sache entnommenen, dem Staats- und Gemeinwohl, den Verhältnissen in concreto, den Zeitbedürfnissen u. s. w., entsprechenden staatsrechtlichen Principien sich regeln und beschränken läßt, Fuß gefaßt, hat man diese wahren Regierungssachen hervorgehoben, so werden andere Verhältnisse, die dem Gebiete wohlerworbener Privatrechte angehören, und welche das positive Civilrecht allerdings im Auge und zum Gegenstand hat, ganz

---

3) Es sey der Redaction dieser Zeitschrift erlaubt, diesen Orts einige Stellen aus dem Ueberreichungs-Bericht des „Entwurfs einer Processform für Administrativ-Streitigkeiten, Bern 1818." beizufügen. M. s. dieses Archiv Bd. 3. Heft 2. S. 242. §. 5.

Der §. 23. des Entwurfes selbst lautet: „Wenn eine persönliche Pflicht oder ein Gegenstand des Privat-Interesse streitig wird, die mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder einem Zweige der Staatsverwaltung in solcher Verbindung stehen, dafs sie nicht der willkührlichen Verfügung der Parthei ausschliessend überlassen werden können, sondern die Möglichkeit der Einwirkung der Staatsgewalt offen bleiben mufs; so gehört ein solcher Streit für den Administrativ-Gerichtsstand".

In dem Ueberreichungs-Bericht lautet es nun S. 11. ff. so: „Folgender Ideen-Gang führte auf die Definition, welche der §. 23. enthält: Der Charakter der richterlichen Behörden soll strenge rücksichtlose Gerechtigkeit seyn; der Hauptzweck der Regierungsbehörden hingegen,

leiſe in den Hintergrund geſchoben, um nun folgendes zu dociren; weil

a) die Richter der Rechtspflege den ihnen vorgelegten Fall blos unter das poſitive Geſetz zu ſubſumiren, keineswegs aber nach ihren Einſichten zu entſcheiden hätten; weil

b) dieſelben, wenn es auf andere, als juridiſche Kenntniſſe ankomme, die Entſcheidung doch den zuzuziehenden Sachverſtändigen überlaſſen müßten, und weil

c) die Regierung in ſolchen, das Gemeinwohl betreffenden, oder mitbetreffenden, Staatsangelegenheiten nicht wohl andere Sachverſtändige zulaſſen könne, als ihre, jener Gegenſtände wegen öffentlich angeſtellte, Adminiſtrativbeamten; weil ferner

d) die adminiſtrativen Stellen aus einer Art von Machtvollkommenheit nachhelfen und den anhängigen Rechtsſtreit vergeblich machen dürften, z. B. in Sachen ſtreitiger Gewerbsberechtigung durch eine neue Conceſſion;

ſo ſey es entſchieden beſſer, alle adminiſtrativ-contentiöſen Sachen bei den adminiſtrativen Behörden zu belaſſen, oder dieſen zu übertragen.

Dieſe Gründe unter a. b. c. und d. laſſen ſich aber nur dann hören, wenn man diejenigen Sachen ausſcheidet

---

umsichtige Sorgfalt für die Erhaltung und die Wohlfarth des Staates im Ganzen, welchem sehr oft Privatverhältnisse untergeordnet werden müssen. Darum ist in wohlgeordneten Staaten die richterliche Gewalt von der Regierungsgewalt getrennt. Es giebt aber solche Privatrechte und Verhältnisse des Staatsbürgers, die mit der allgemeinen Staatsorganisation, oder mit der Staatsverwaltung überhaupt, oder einzelnen Zweigen derselben, in so *unmittelbarer* Verbindung stehen, dafs sie ohne den gröfsten Nachtheil für den Staat unmöglich, aufser aller Beziehung auf die allgemeinen Verhältnisse, blos nach den Regeln des strengen Privatrechtes, entschieden werden können. Darum aber, weil der ordentliche Richter ausschliefsend nur auf diese letztern Rücksicht zu nehmen hat, und ihm jeder andere Gesichtspunkt fremd bleiben soll, als derjenige des strengsten Rechts, — darum mufs diese Classe von Verhältnissen, wenn sie streitig werden, seinem Geschäftskreise nothwendig entzogen, und ihr Entscheid einer solchen Behörde übertragen werden,

in welchen die Staatsverwaltung mit einem ſolchen Subject gar nicht in Colliſion kommt, welches, einem beſtimmten adversarius gegenüber, ſey dieſes auch die Staatsadminiſtration ſelbſt, ein erworbenes Recht aus beſtehenden Geſetzen behauptet, dieſes jus quaesitum vertheidigen, und nach den Normen jenes publicirten Geſetzes entſchieden wiſſen will. Wo dieſe Merkmale und dieſes Streben ſich nicht vorfinden, oder auch wo der ſich zeigende Contradictor, z. B. die Zunft gegen eine ihr nicht vortheilhafte Conceſſion, ſich nur auf Billigkeitsgründe, blos auf das eigene Intereſſe des Staates, oder nur auf das des Gemein- oder Ortswohls, ſich beziehen kann, nicht auf ein erworbenes ausſchließliches Privilegium u. d. gl., da hat die heilige Juſtiz auch nichts zu ſchaffen, ſondern überläßt willig die Sache einſichtigen und gnädigen Hütern des Staats- und Gemeinwohls — ja ſchreiend proteſtirt ſie gegen die Belaſtung mit jenen reinen Adminiſtrations-Sachen, durch welche die Rechtspflege gemeinſchädlich gehemmt und verunſtaltet wird.

Aber wenn der Unterthan beſcheiden auf die lex lata hinzeigt, und behauptet: „aus dieſer hab ich ein Recht erworben, das ich dem Staat, oder einem Mitbürger, ſo geradezu nicht opfern will“, ſey es auch, daß mit dieſem ſtrei-

---

welche dabei auch die Harmonie des Ganzen und den ungeſtörten Gang der Staatsverwaltung überhaupt, berücksichtigen kann. Diese Gegenstände nun gehören unter die Rechstpflege der Regierungsgewalt, welche das Recht der streitenden Parteien nicht absolut entscheidet, sondern zugleich auch mit den Forderungen der Zeitumstände und des allgemeinen Bedürfnisses in Uebereinstimmung setzen muſs, — es sind dieses Administrativ-Streitigkeiten. Wo also ein Recht oder Verhältniſs streitig wird, über welches der Staatsbürger durchaus frei verfügen kann, ohne daſs diese Verfügung auf den Organismus des Staates oder auf den Gang seiner Verwaltung einwirkt — da ist ein Civilfall vorhanden, — ein Administrativfall hingegen, wo das streitige Verhältniſs oder Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder mit einem Zweige der Staatsverwaltung in unmittelbarer Verbindung steht. Aus dieser Definition ergeben sich nun schon wesentliche Verschiedenheiten, die bei dem Gange der Untersuchung der einen und der andern Art von

tigen Rechtsverhältniß ein specielles Interesse des Staates sich verflechtet, so tritt diese nunmehr streitige Rechtssache aus dem Gebiet obiger Staatswillkühr — sie wird eine administrativ-contentiose Rechtssache.

Es sind also nur solche das Gemeinwohl berührende Privatrechts-Angelegenheiten für administrativ-contentiose Sachen zu erklären, worüber in dem Staate solche Rechtsgesetze existiren, daß jeder einzelne Fall durch Subsumtion unter das Rechtsgesetz nach dessen vorsorglichem Willen entschieden werden kann.

So läßt sich z. B. wohl kein bestimmtes Gesetz darüber geben, „wo die von der Administration beschlossene, Einzelnen schädliche, vielen nützliche, Kunststraße angelegt oder nicht angelegt werden solle, ob, unter den vorliegenden Zeitumständen, Ausfuhrverbote zu erlassen, Zölle zu erhöhen oder zu vermindern sind", gesetzt auch die Folge solcher Administrativ-Handlungen sollten des einen Unterthans Vermögen mindern, des andern aber mehren. Auch darf man an der Möglichkeit zweifeln, daß sich für Gewerbsverhältnisse, das Nahrungswesen u. d. gl., solche Gesetze ertheilen lassen, welche, wie die Civilgesetze, den einen Fall wie den andern beherrschen und bis dahin zur Entscheidungsnorm dienen, wo die gesetzgebende Gewalt etwas an-

---

Geschäften statt finden müssen, wenn derselbe folgerichtig seyn soll. Da die Civilfälle sich auf solche Gegenstände erstrecken, welche der freien Verfügung der Parteien unterliegen, so kann für dieselben auch der reine Verhandlungsprocess statt haben, wo die Parteien die Prozedur nach eigenem Gutfinden, ohne thätige Einwirkung der öffentlichen Gewalt, instruiren; wo eine Partei ihr ganzes Recht durch eine Nachläfsigkeit verlieren kann, auf welche das Gesetz diese Folge verhängt; wo endlich der Richter lediglich das Begehren der nachsuchenden Partei ohne einige Modification gestattet, wenn er es recht, — und abweiset, wenn er es unrecht findet. Dieses sind unbedingt die Grundlagen der Civil-Rechtsform des alten Cantons Bern; und auch mit einiger Beschränkung diejenigen der französischen, welche einstweilen noch in den Aemtern des Leberbergs herrscht. Anders verhält es sich aber mit den Gegenständen, welche der Administrativ-Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Bei diesen waltet nämlich, der aufgestellten Definition zufolge,

deres als Norm gebietet. Dergleichen Gegenſtände ſind mit dem Staats- und Gemeinwohl ſo unzertrennlich verknüpft, daß Colliſionsfälle, wo jenes vorgehen muß, häufig und vielfach eintreten, daher auch über ſolche Verhältniſſe nicht wohl ſolche Verträge geſchloſſen werden können, zu deren Execution der Staat pflichtig, oder der Richter berechtiget wäre. Es muß dieſes ſelbſt von denjenigen Zunft- und Gewerbsgeſetzen gelten, welche die Regierung, für das Land oder einen einzelnen Ort, als Geſetze der bürgerlichen Ordnung publicirt, ohne daß man die Befugniß aus ihnen erworbene Privilegien nennen kann. So lange dieſe Ordnungsgeſetze nicht zurückgezogen werden, handelt jeder unter ihrem Schutze, unternimmt, was ſie erlauben, hat auch das Recht, über den Mitbürger ſich zu beſchweren, welcher jenen Vorſchriften entgegen handelt, und kann darauf antragen, jene Verletzung des Gewerbsgeſetzes zu beſeitigen, den Contravenienten zur Ordnung zu weiſen.

Und in dieſem Gebiete mag nun die Adminiſtrationsbehörde, als Wächterin über eine dem Staatswohl angemeſſene Beobachtung jener nicht privatrechtlichen, ſondern vielmehr ſtaats- oder ortsbürgerlichen, Geſetze, die competente und zweckliche Behörde ſeyn, welche um Beleuchtung der Falles

---

immerhin, mit und nebst dem ſtreitigen Privatintereſſe, auch ein Intereſſe des Staates für die ungeſtörte Erhaltung ſeiner innern Organiſation und Verwaltung; nebſt den unmittelbar ſtreitenden Parteien iſt noch eine *dritte*, nämlich der Staat, dabei intereſſirt, daſs die Verhandlungen der erſtern, und der Entſcheid des Streites, von keiner ſchädlichen Wirkung für das Gemeinweſen ſeyen. Wäre das Intereſſe des Staates in der Regel hiebei vorherrſchend und überwiegend, ſo würde dieſes auch erheiſchen, daſs die Einwirkung der Staatsgewalt auf den Gang der Unterſuchung vorherrſchen müſſe; es würde für Adminiſtrativ-Streitigkeiten auf die unbedingte Unterſuchungsmaxime, oder auf den Informativ-Proceſs führen, — wo der Richter nach ſeinem Gutfinden und ohne Einwirkung der Parteien den Proceſs inſtruirt. — Aber dieſes iſt in der Regel nicht der Fall bei dieſer Art von Streitigkeiten, ſondern das Staats-Intereſſe bei denſelben iſt meiſtens entfernt, weſswegen denn auch eine gemiſchte Rechtsform die einzig paſſende ſcheint; bei welcher zwar die Parteien

und deſſen Regulirung nach dem Ordnungsgeſetz angerufen wird. Nur iſt zu wünſchen, daß hier nicht bloſe Anſichten, ſondern auch wirkliche, mit Rechtskenntniſſen bewaffnete, Einſichten die Sache leiten und entſcheiden, und daß inſonderheit die Oberverwaltungsbehörden Regierungs- und Juſtizkenntniſſe in ſich vereinigen mögen, weil auch jede Adminiſtrationsſache mit Rechtsbegriffen, vorzüglich mit ſtaatsrechtlichen Principien, ſich verknüpft, keinesweges aber eine regelloſe, ſubjectiv-ideale, Willkühr ihre Seele ſeyn darf.

Ganz anders verhält es ſich hingegen, wenn einzelnen Subjecten, oder einer moraliſchen Perſon, z. B. einer Zunft, gewiſſe Gewerbsvorrechte u. d. gl. als fortdauernde Privilegien ertheilt worden ſind. Dieſe gehen als erworbene Rechte über in das Gebiet der Privatrechte jener phyſiſchen oder moraliſchen Perſon; und dieſe privatrechtliche Seite iſt dann die vorherrſchende. Dieſe läßt ſich dann, entſtehet ein Kampf zwiſchen jenen Privilegirten und einem Dritten, immer unter die Privatrechtsgeſetze mit richterlicher Thätigkeit ſubſumiren, und das Privilegium der geſetzgebenden Gewalt iſt das nächſte Geſetz, welches zu ändern eine adminiſtrative Behörde ſo wenig vermag, als der Richter. — Ja nicht einmal rechtsdoctrinell erklären darf die Adminiſtration jene pri-

---

ihr Recht selbst vertheidigen können, aber die öffentliche Gewalt insofern mitwirkt, als es nöthig ist, um auch die Interessen des Gemeinwesens zu schirmen, und die Mittel dazu in das gehörige Licht zu stellen. Hiebei darf keine Partei durch ihre Handlungen oder Versäumnisse den Ausgang überhaupt entscheiden; keine Termine im Lauf der Untersuchung dürfen statt finden, welche die Hauptsache, den Streitpunkt selbst perimiren, weil auch der Staat bei diesem Ausgange interessirt ist, und also keine Partei denselben durch ihre Nachläſsigkeit bestimmen kann. Endlich muſs der Richter bei derlei Streitigkeiten nicht nur die unbedingte Rechtsbegründniſs der Klagforderungen oder des Schlusses der Partei beurtheilen, sondern auch ihr Verhältniſs zu den Forderungen des Staates, um sie auch mit diesen in Einklang zu bringen. Er kann also nicht gebunden werden, blos der fordernden Partei ihren Schluſs zuzusprechen, oder denselben zu verwerfen, sondern er muſs das eingeklagte Privatinteresse so entscheiden, daſs auch dasjenige des Gemein-

vilegia und jure singularia, wohl aber gebührt dem Richteramt jene Art der Interpretation, als dazu fähig, und durch das gemeine Geſetz dazu authoriſirt.

Concurrirt nun bei jenem Rechtskampf auch ein unmittelbares Intereſſe des Staates als ſolchen, und wird die Sache dadurch erſt adminiſtrativ-contentiös, ſo wird ſie doch deshalb nicht auch ein Gegenſtand der adminiſtrativen Gewalt des Staates, ſondern dieſes Intereſſe einer adminiſtrativen Behörde legitimirt dieſe nur ad causam, um die Rolle einer Partei vor der Rechtsverwaltung des nämlichen Staates, der nämlichen Regierungsgewalt, ſich beizulegen.

In dieſem Gebiet und Fall muß auch das Intereſſe der Adminiſtration dem beſtehenden Geſetz, dem mit dem Gemeinwohl verträglichen Rechtsſpruch des Richters, ſich unterordnen. Denn Geſetz und Recht, deſſen Aufrechthaltung und gleiche gerechte Anwendung, iſt das allerhöchſte Intereſſe des Staates mit allen deſſen Regierungsgewaltszweigen. Eine höchſte Regierungsgewalt, welche dieſes nicht ſelbſt anerkennen wollte, würde ſich ſelbſt verkennen. Nur eine wahre Colliſion des Staatswohls mit dem erworbenen Privatrecht kann letztes vertilgen — der Staat muß zeigen können: „ich ſelbſt kann meinen höchſten Zweck des Gemeinwohls gar nicht

---

wesens nicht darunter leide. Aus dem Begriff der Administrations Streitigkeiten selbst fliefsen also die Grundsätze als natürliche Folgerungen:

1) dafs der Administrativ-Proceſs im wesentlichen nach den Regeln des Civil-Rechtsganges geführt werden solle, welchem die Verhandlungsmaxime zum Grund liegt, weil dabei gewöhnlich das Privatinteresse vorherrscht, und die Parteien als in der Befugnifs stehen sollen, dasselbe nach ihrer Ansicht und ihrer Ueberzeugung vertheidigen zu können.

2) dafs der Civil-Rechtsgang insofern modifizirt und durch Beisätze nach der Untersuchungsmaxime gemischt werden müsse, als es nöthig ist, auch das Gemeininteresse zu handhaben."

So weit die Worte jenes Berichts, bei welchem wohl der würdige Professor *Schnell* die Feder führte. Die Klarheit ergreift, die Wahrheit in ihr ist aber dennoch *nur relativ* — nur Wahrheit in Hinsicht auf die republikanische Regierungs- und Justiz-Verfassung des Cantons

erreichen, wird jenes erworbene Privatrecht einzelner Bürger jezt so angewendet und dauert es so fort, wie das bestehende Gesetz es will". Und auch in diesem Nothfall bleibt die Pflicht möglicher Entschädigung dessen, welchen das Gemeinwohl aus seinem Privatrechtskreis selbstgenöthiget verdrängt [4]).

§. 2.

Davon ausgegangen darf man den Satz behaupten: „es sey rechtlicher, und schon daher für den Staatszweck selbst ersprieslicher, die wahren administrativ-contentiösen Sachen — als Rechtsstreitigkeiten — den ordentlichen resp. Civil- resp. Straf-Gerichten zu überlassen".

Bern. Da sind die Mitglieder derjenigen Behörden, welche in administrativ-streitigen Sachen *Recht* sprechen sollen, und insonderheit die des kleinen Raths, eben so unbefangen und eben so fähig, *Recht* zu sprechen, als die Beisitzer der Civilgerichte. Abgesehen von dem gelehrten Oberamtmann, dem republikanischen Comes, finden wir hier noch die alten teutschen Schöppen, aus dem Volk, welche nicht blos über die Wahrheit einer Thatsache urtheilen, sondern *das Recht selbst*, welches aus dem facto folgt, *votirend mitfinden.* Die Zahl der bei der Administration thätigen Bürger enthält leichtmöglich noch mehr studirte Rechtskenner, als die Zahl der Civilgerichts-Männer, und insonderheit ist dieses bei dem kleinen Rath der Fall, als Oberinstanz in Administrativ-Streitigkeiten. Auch ist der Procefs in diesen so geregelt, wenigstens nach dem Entwurf, dafs der Staat, oder dessen Administrations-Beamten, nur wie eine Partei angesehen werden, welche sich, wie jeder einzelne Bürger, das gefallen lassen mufs, was das Gesetz ausspricht. Jedem Mitbürger ist volle Rechtsvertheidigung gegen den Staat selbst gegeben. Zwar dieses Princip erkennen auch die teutschen monarchischen Regierungen gerecht wider sich selbst an; allein daraus folgt nicht, dafs es auch einer monarchischen Verfassung angemessen sey, die Administrations-Institute mit einer Richtergewalt auszurüsten. *Gensler.*

4) Ueber den Begriff erworbener, und daher fortdauernder Rechte, s. m. a. dieses Archiv für die Civilist. Praxis. B. 3. Hft. 2. Abh. XII. S. 153 ff.

Denn

A.) es iſt ja eine ſchon vorhandene, ewige und nothwendige, Forderung an die Civil- und Straf-Richter, daß ſie wiſſen müſſen, was ein unmittelbares Intereſſe des Staates ſey, und daß ſie z. B. auch Cultur- und Gewerbs-Ordnungen ꝛc. des Staates kennen ſollen, welchem ſie als Richter angehören.

Dieſe Verordnungen ſelbſt und ihr Gegenſtand ſind auch dem Juſtiz-Official, und ſelbſt den Civilgeſetzen, ſo wenig fremd, als die Geſetze wegen der bäuerlichen Verhältniſſe, oder wegen Verhältniß der Kirche, der Preßfreiheit, der Staatsdiener u. ſ. w. Alle dieſe Verhältniſſe berühren auch das Privatrecht, und müſſen mehr als häufig in dieſes und in das Civilrecht im weiten Sinne herüber gezogen werden, oder ſind vielmehr auch ſchon an ſich deſſen Gegenſtände [1]). Selbſt in Culturſachen ſind häufig civilrechtliche Vor- und Nebenfragen zu entſcheiden, wobei die adminiſtrative Behörde ſich ganz aus der Sphäre ihrer Amtsthätigkeit geworfen und wohl genöthiget findet, die Civilgerichte zu Hülfe zu nehmen, glaubt ſie ſich nicht für alles klug und zu allem berechtiget. Wenn man inſonderheit auf Streitigkeiten zwiſchen dem Meiſter und Geſellen oder Lehrburſchen, zwiſchen dem Dienſtherrn und dem Geſinde, zwiſchen dem Hauseigenthümer und den Miethleuten, ferner auf Streitigkeiten über Concurrenzen zu Gemeindeanſtalten, Kirchen- Pfarr- und Schulgebäuden u. d. gl. hinſiehet, welche Sachen man alle zur Adminiſtration oder Polizei verweiſen will, ſo haben dieſelbe eine ganz privatrechtliche Natur. In Rechtsſtreitigkeiten dieſer Art müſſen freilich auch die Civilgerichte ſchnell verfahren; — aber eben deshalb ſind ja alle Sachen, wobei Gefahr im Verzug iſt ꝛc., ſchon geſetzlich Gegenſtände der ſummariſchen oder ſchleunigen Proceßarten, unbedingte und bedingte Mandate, proviſoriſche Verfügungen, eine Interims-Execution nach kurzem oder ſuspendirten Gehör, haben ja in jenem Gebiet ihre geſetzliche Thätigkeit. Auch mag es möglich ſeyn, daß bisweilen, z. B. in Bauſtreitigkeiten u. d. gl., dem Gericht faſt nichts mehr zu thun bleibt, als die Proceß direction; es muß wohl die Entſcheidung den Bauverſtändigen, oder resp. andern Kunſt- und Sachverſtändigen überlaſſen; allein wie oft iſt dieſes auch in reinen Privat-Rechtsſtreitigkeiten der Fall! Und es bleibt

---

1) So iſt wohl auch Juſtinian in der Definition zu verſtehen: jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia, §. 1. Inst. de justitia et jure. 1. 1.

ja auch der Administrations-Behörde oft nichts anders übrig, selbst wenn z. B. es sich von der Feuergefährlichkeit handelt. General-Sachverständige sind doch auch die Administrativ-Beamten nicht; auch ihr Wissen ist Stück- und Flickwerk. Schiene es auch in Sachen der letzten Beschaffenheit so ziemlich einerlei, zu welcher Stelle sie gewiesen würden, so entscheidet für die ordentlichen Gerichte dennoch der Umstand, daß das hier vorausgesetzte streitige Rechtsverhältniß, sey auch das Gemeinwohl Mitinteressent, zwecklicher nach den allgemeinen Regeln ausgemittelt und festgestellt wird, welche die Gesetzgebung für die Erörterung und Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse überhaupt für zwecklich achtet, damit auch hier die Gleichförmigkeit und Einheit mehr gesichert bleibe, als es der Fall bei Behörden ist, welche, ein procedere nach den einzeln Umständen selbst zu schaffen, gewöhnlich sich veranlaßt findet. Warum eine Ausnahme von der allgemeinen Regel deshalb, weil die moralische Person des Staates bei dem Rechtsstreit concurrirt? Auch der Staat kann seinen Vertreter vor dem Gericht haben, welches er selbst, vermöge seines eigenen Grundgesetzes der Gerechtigkeit, anordnete und organisirte. Läßt er sich doch auch in den, das Gemeinwohl so unmittelbar berührenden, Criminalsachen die Untersuchung und Entscheidung seines selbst angeordneten Gerichts gefallen; denn was ist z. B. der öffentliche Ankläger, der Fiskal u. d. gl., anders, als ein Procurator des klagenden Staates und der Regierung?

Auch hat das Princip keinen besonderen Werth: „über Sachen, welche zugleich das öffentliche Beste, Staatswohl, Gemeinwohl, beträfen, könnten sich die Privatparteien nicht vergleichen, und sie gehörten also auch nicht für die Civilgerichte, z. B. Streit über die Feuergefährlichkeit eines Gebäudes ꝛc. Eines Theils ist es überhaupt nicht wesentlich, daß der Gegenstand des Civil-Streits ein veräußerliches Recht betreffe, indem es wohl mehrere unveräußerliche Rechte giebt, wie z. B. das Recht auf Alimentation, die nach ungetheilter Meinung nur von den Civilgerichten verfolgt, verhandelt, und entschieden werden können — andern Theils aber wird ja Concurrenz derjenigen administrativen Behörde vorausgesetzt, welcher die Sorge für jenes öffentliche Interesse obliegt, und welcher die Gelegenheit gegeben ist, mit höchster Kraft und Bündigkeit die nöthige Einwirkung des Staatswohls dem Richter bemerklich zu machen. Auch diesem ruft ja das Gesetz zu: salus-publica-suprema lex esto.

Siehet man aber insonderheit hin

B.) auf solche streitige Rechtsverhältnisse, in welchen der Staat vermöge eines pecuniären Interesse direct und al-

lein als Gegner eines Gesetzuntergebenen auftritt, ohne daß dieser letzte zugleich mit einem Mitunterthan der nämlichen Sache wegen über Recht oder Unrecht zu kämpfen hat, (z. B. jemand behauptet, es fordere die Administrativbehörde gegen die Steuergesetze, oder durch diese nicht authorisirt, ein zu hohes Quantum von ihm,) so mögte der Staat das Zutrauen zu ihm selbst untergraben, wenn er ist die Sache nach vorhandenen Gesetzen zu entscheiden, das Richteramt selbst in Händen behält, oder seine beauftragte Verwaltungsbehörde authorisirt, mit der Eigenschaft eines Klägers und resp. Beklagten auch die des Richters in eigener Sache zu verbinden. Es widerstrebt gewiß dem Naturgefühl für Gerechtigkeit, wenn z. B. die percipirenden Aemter, welche gewöhnlich selbst die Defraudationen oft auch durch ihr Unterpersonal entdecken, Ankläger und Richter zugleich seyn sollen; und sehr hart wäre es, wenn die Cassebeamten, z. B. bei der Brandversicherungsgesellschaft, über die Größe des aus der Casse zu leistenden Ersatzes, oder wenn das Straßenbauamt, oder diejenige Verwaltungsbehörde, welche mit der Vollziehung des angeordneten Straßenplanes beauftragt ist, über die Größe der für das zum Straßenbau hergenommene Grundstück zu machenden Vergütung, oder wenn die Finanzkammer über die von ihnen bemängelten Rechnungen, oder über Klagen der Staatsdiener wegen Verkürzung ihrer Gehalte, Pensionen ꝛc. richterlich erkennen, und wenn also der richterliche Entscheidung verlangende Betheiligte nicht einmal von den Verfügungen der Administrativstellen, wenn deren Oberbehörde nicht abhilft [2]), an den ordentlichen Richter recurriren dürften. Denn nicht nur, daß solche Richter, oder vielmehr Nichtrichter, die erforderliche staatsgrundgesetzliche Unabhängigkeit nicht haben, daß es den Einnahmsbeamten in der Regel an juridischer Bildung fehlt, und daß selbst die Räthe in den höheren Administrativ-Collegien gewöhnlich schon von dem Anfang ihrer Bildung an das Rechtsstudium (male quidem!) als das Allerletzte behandelt, und sich allenfalls zum Erwerb der äußersten Rechtsbegriffe bequemt, etwan die Institutionen des röm. Rechts so beiläufig, ohne sie zu verstehen, mitgehört haben, dennoch aber die in ihrer Mitte vielleicht befindlichen Juristen übereinstimmen können ꝛc. — erfordert es ja schon der öffentliche Anstand, daß auch der Schein vermieden werde, als wolle man in eigener Sache entscheiden.

2) Man vereinige hiermit, was §. 5. wegen des Instanzen-Verhältnisses gesagt werden wird.

Uebrigens gehört es der Natur der Sache nach zur zweck-nothwendigen Ordnung, daß vorerst der Wille der Administrationsgewalt ausgesprochen und das Geschäft, welches die Quelle eines Rechtsstreits werden kann, von ihr bis dahin beendiget seyn muß, ehe der Betheiligte seine Zuflucht zu der Rechtspflege nehmen darf [3]). Was z. B. die Staatsrechnungen betrifft, so darf das Oberrechnungsamt über Bemängelung und wegen der Verantwortung einen Beschluß fassen, worauf dann der damit nicht zufriedene Beamte den Recurs an den ordentlichen Richter nehmen mag. Dies ist aber nichts außerordentliches [4]), was nur den Staatsrechnungen eigen wäre, sondern geschiehet auch oft unter Privatpersonen, bald förmlich, bald formlos. Auch ein Privatmann, z. B. ein Gutsherr, hat das Recht, die Rechnungen seines Beamten durch einen Rechnungsverständigen prüfen und die Mängel mit deren Resultat bemerken zu lassen, die Verantwortung seines Beamten zu veranstalten, und darüber selbst einen Beschluß zu fassen, der den Beamten zur Ueberzeugung, oder zum Rechtsstreit vor dem ordentlichen Richter, veranlassen kann. Jener Beschluß ist nur dem Rühmen eines Anspruches an den Rechner gleich. Vor dem angerufenen competenten Richter wird dann die administrative Behörde der Beklagte oder klagende Theil, die bemängelten, den Rechtsstreit veranlassenden, Bestandtheile der Rechnung sind von unpartheiischen Sachkundigen gerichtlich zu prüfen, und der Befund dieser Gehülfen des Richters, oder vielmehr ihr Ausspruch, wird für den Richter Beweisgrund [5]), aus welchem er für oder gegen die administrative Behörde entscheidet.

C.) Wenn die administrativ-streitigen Rechtssachen nach obigem wahren Begriff den Verwaltungs-Behörden übertragen werden, so ist auch insonderheit der alte Streit über die Gränze zwischen Justiz- und Polizei-Sachen nicht nur nicht geschlichtet, sondern er wird ebendadurch erst mehr erregt, und es treten alle die unseligen Folgen jenes alten Streites ein,

---

3) Auch hiermit verbinde man den Inhalt des §. 5.

4) Eine Rechnung ist weder eine Klage, noch eine Antwort auf eine Klage, sondern mit der Ablegung der Rechnung erfüllt nur der Geschäftsträger eine Verbindlichkeit. Der Geschäftsherr ist berechtigt, seine Bedenken zu äußern, und der Geschäftsführer muß ihm darüber Aufschluß ertheilen. Führt dieses außergerichtliche Benehmen nicht zum Ziele, so kann die Rechnung ganz oder zum Theil „Gegenstand eines Rechtsstreits“ werden. Vrgl. v. Gönner, Entwurf B. III. Cap. VII. §. 3.

5) Archiv B. 1. Abh. 3. S. 40. u. 41.

z. B. Conflicte der Gerichte und der Verwaltungs-Aemter, koſtſpielige Verzögerungen der Rechtsſachen u. ſ. w. Es zeigt ſich dieſes vorzüglich in Cultur- und Bauſachen, welches unten §. 7. mit einigen Rechtsfällen belegt werden ſoll, die ſich unlängſt im Königreich Baiern ereigneten. Voran wird jedoch auf einige dortzu behufige poſitive Geſetzvorſchriften hinzudeuten, und damit noch manches Allgemeine [6]) zu verbinden ſeyn, was das obige §. 1. und 2. noch näher beſtimmt und ergänzt. Aus dem Inhalt des nächſtfolgenden §. 3. mag man ein Beiſpiel nehmen, wie ſchwierig es für eine Geſetzgebung iſt, die adminiſtrativ-contentiöſen Sachen ohne Verwirrung den ordentl. Gerichten zu entziehen.

§. 3.

Zu der Zeit, als die in Baiern noch geltenden (Kreitmaieriſchen) Geſetzbücher verfaßt wurden, machte man wohl einen Unterſchied zwiſchen Juſtiz- und Polizeiſachen; allein die letztern waren durch alle Inſtanzen den ordentlichen Gerichten zugetheilt. Daher nimmt die Gerichtsordnung [1]) auch Polizeiſachen in ihren Kreis auf, und das Civilgeſetzbuch [2]) handelt auch z. B. von dem Halten gefährlicher Thiere u. dgl. Daſelbſt heißt es: „Sofern an offenen Orten gefährlicherweiſe etwas aufgehängt wird, braucht es der bloßen Anzeige, damit die Obrigkeit hierinfalls ihr Amt vorkehre“. Eben dort wird verordnet, „daß die Anzeige über einen neuen Bau bei ordentlicher Obrigkeit geſchehen müſſe“. Nach §. 10., welcher die Rubrik führt: de damno infecto, darf ein Hauseigenthümer verlangen, daß der Nachbar ſein baufälliges Haus reparire, und dabei wird geſagt: „wenn der obrigkeitliche Auftrag hierzu nicht befolgt wird, läßt die Obrigkeit den Bauſchaden ex officio wenden“. Und dieſe Verordnung hat auch in andern dergleichen beſorglichen Schäden ſtatt, dergeſtalt, „daß, wenn die Gefahr ſehr groß und der Schade faſt unvermeidlich iſt, man dem Befunde nach alſogleich völlige Abſtellung vorkehrt, z. E. da an des Nachbars Wand ein Privet, Backofen, oder eine Feuerſtätte, ſo nahe angelegt wird, daß man dadurch in Feuersgefahr oder andere widerrechtliche Ungelegenheit kommt u. ſ. w.“ —

Ungefähr ein Jahrzehnd nach der Promulgation der Ge-

---

6) M. ſ. §. 5. nr. 3.

1) Cap. 3. §. 3. nr. 4. Cap. 10. §. 3. nr. 10. Cap. 15. §. 8. nr. 5.

2) P. IV. Cap. 16. §. 7. seq.

ſetzbücher ſchien eine Trennung der Juſtiz- und Polizeiſachen nöthig, und man ließ es zwar in Anſehung der Unterämter bei dem Alten, doch wurde ein eigener Polizeirath errichtet [3]).

Weil aber über die Competenz in Polizeiſachen mancherlei Competenz-Conflicte entſtanden, ward am 11. Jänner 1768 [4]) verordnet: „daß in Zukunft wieder alle Polizeiſachen, wo ein legitimus contradictor auftrete, den casibus juris perpetui et realis gleichgeachtet, und von den Juſtizdicaſterien entſchieden werden ſollten". Und dieſe Verordnung wurde noch 1796 erneuert [5]).

Aber ſeit 1799 gieng man von dieſen Anordnungen wieder ab. Es ſollten in Zukunft die in Polizeiſachen entſtehenden Streitigkeiten zwiſchen den Handwerken, und ſonſt über einen das Publikum vorzüglich intereſſirenden Gegenſtand, niemals mehr ad forum civile contentiosum gezogen werden [6]), und keine Juſtizſtelle ſollte in Polizeiſachen Einſicht nehmen, ſondern die Beſchwerden an die Polizeiſtellen verweiſen [7]).

Bei der Aufhebung des Bauamtes zu München wurde am 27. Mai 1803 beſtimmt [8]): „daß dem neuerrichteten Stadtgerichte und den obern Juſtizſtellen die Bauſachen nur inſofern zuſtehen ſollten, inſofern ſie wahre Juſtizgegenſtände beträfen".

Nach der am 9. März 1805. für München erlaſſenen und in der Folge auf alle Polizeidiſtrikte ausgedehnten Inſtruction für die Baucommiſſion, welche immer mit dem Polizeiamte verbunden iſt [9]), gehört die Anordnung und Abſtellung neuer Bauten und der Hauptreparationen, die Aufſicht auf ruinoſe Gebäude und die Abtragung oder Reparatur derſelben u. ſ. w., vor die Baucommiſſion, welche jedoch, wenn die Nachbarn gegen einen Bau ſich beſchweren, dergleichen Beſchwerden an das Civilgericht alsdann zu verweiſen hat, wann dieſelben ſich auf Beſitz, Servitut und Eigenthumsrecht ſtützen.

---

3) M. G. S. II. 775.

4) M. G. S. II. 810.

5) M. G. S. V. 345.

6) M. G. S. VI. 121.

7) Novellen zur G. O. I. 90.

8) Nov. I. 289. Rg. Bl. 1803. S. 354.

9) Polizei-Inſtruction v. J. 1808. §. 69.

Ohne Vorwiſſen der Baucommiſſion darf keine Veränderung mit Schwindgruben vorgenommen werden, und dieſelbe hat zu prüfen, ob dem Eindringen fremden Waſſers und fremder Schwindgruben vorgebeugt ſey [10]). Mit Hülfe der Baucommiſſion hat das Polizeiamt jeden Orts Sorge zu tragen, daß die Waſſerleitungen und Brunnen in gutem Stande erhalten werden u. ſ. w. [11]).

Weiſe und gerecht wurde im Jahr 1818 verordnet: „daß die Civilgerichte Bauſachen, welche wirklich zur gerichtlichen Verhandlung geeignet, doch nicht eher annehmen ſollen, als bis die Vermittelung der Baucommiſſion eingetreten und fruchtlos geblieben ſey“ [12]). Gewiß verdient es Nachahmung, daß man in beſtimmten Fällen der Polizei die Rolle eines Friedensrichters übertrage, von deſſen Anordnung aus der Unzufriedene auf den Rechtsweg überſchreiten möge.

§. 4.

Nach dieſen geſetzlichen Beſtimmungen iſt es unverkennbar, nicht nur, daß inſonderheit die Bauſtreitigkeiten theils zu der Polizeiſtelle, theils zu dem Civilgerichte gehören, ſondern auch, daß die nämliche Bauſtreitigkeit ſowohl Juſtiz- als Polizeiſache, mithin ſowohl von der Juſtizſtelle, als von dem Polizeiamte, (nach verſchiedenen Rückſichten) entſchieden werden könne [1]). Nur iſt die Frage: an welchen Merkmalen man erkenne, welche Bauſachen, oder inwieferne eine beſtimmte Bauſache, nur dem Polizeiamte, oder auch dem Civilgerichte, angehörig ſey? nicht die leichteſte [2]).

Mit der Beſtimmung, daß die Bauſache dann zum Civilgerichte gezogen werden müſſe, wenn ſich die Beſchwerde (Klage) auf Beſitz, Servitut, oder Eigenthum ſtützet, iſt nicht auszulangen; wiewohl die Klage der Regel nach darauf gerichtet ſeyn wird, entweder, daß das Gebäude des Nachbars früher gar nicht, oder nicht ſo, wie es jetzt hergeſtellt werden ſolle,

---

10) Inſtr. der Baucommiſſion §. 6. §. 11. lit. f. u. g.

11) Polizei-Inſt. v. J. 1808. §. 70.

12) Verord. betr. „das Verhältniß zwiſchen der Polizei-Direction und dem Magiſtrat zu München“. v. 15ten Sept. 1818. §. 67. u. 68.

1) Martin in dem Lehrb. des teutſch. gem. bürgerl. Proceſſes §. 19. daſelbſt Gönner.

2) Was hier von Bauſachen ſpeciell geſagt wird, läßt ſich auf alle ähnliche Gegenſtände resp. der Policei resp. der Juſtiz anwenden. Auch gehet die Abhandlung §. 5. in das Allgemeine wieder über.

vorhanden geweſen, deſſen Errichtung alſo dem Beſitzſtand entgegen ſey, oder daß daſſelbe in den fundus des Klägers eingreife, oder deſſen Gebäuden u. ſ. w. Schaden drohe, die Ausübung eines erworbenen Dienſtrechts verhindere, oder erſchwere u. d. gl.: ſo wie denn auch der Beklagte gewöhnlich auf die geſetzliche Freiheit ſeines Eigenthums und das Recht freier Diſpoſition auf ſolchen u. ſ. w., ſich beziehet. Allein nicht immer bewegen ſich die Bauſtreitigkeiten in dem Gebiete des Beſitzuſtandes, oder jener dinglichen Rechte, ſondern auch mancherlei Verträge u. d. gl. können zur nächſten Entſcheidungsquelle dienen; ja es kann ſeyn, daß Beſitz, Eigenthum und Dienſtrecht, für ausgeſchloſſen zu erachten iſt. Es iſt z. B. noch eine Frage: inwieferne es in Bauſachen Servituten geben, und ob der Beſitzer eines Hauſes in einer Stadt den Grund, worauf das Haus ſteht, als ſein wahres Eigenthum anſehen kann? Wird eine Stadt neu angelegt, oder nach Verheerungen wieder aufgebaut, ſo weiſet die Obrigkeit die Bauſtellen an, und entwirft den allgemeinen Bauplan. Der Eigenthümer des Hauſes iſt alſo, wie manche wollen, nicht zugleich Eigenthümer ſeiner Bauſtelle [3]), und ſtatt daß ſonſt der Eigenthümer des Grundes ober und unter dem letzteren thun kann, was ihm frommt darf der Eigenthümer des Hauſes die Stelle, worauf das Haus ſteht, und die Luftſäule über demſelben, nur ſoweit benutzen, als es der allgemeine Bauplan, oder, wo noch keiner vorhanden iſt, das Wohl der übrigen Einwohner zuläßt [4]).

Ferner werden gute Polizei-Geſetze [5]) in vielen Fällen gar keine Servituten zugeben können, z. B. keine Servitut

---

3) Schmalz teutſches Privatr. S. 92. Freilich ſonderbar!

4) L. 11. pr. D. de serv. praed. urb. (8. 2.)

5) Der Schwaben- und Sachſen-Spiegel enthalten deshalb beſondere Vorſchriften. Die Worte des letzten ſind: Ofen, Genge, das ſeynd Waßreegerinn und Schweinſtälle, die ſollen drey Füße von eines andern Mannes Zaun ſtehen. B. 2. Art. 51. Das röm. Civilrecht giebt die Negatorienklage im privatrechtlichen Gebiet. L. 17. §. 2. Dig. si serv. vind. 8. 5. Die ältern Rechtslehrer verwechſeln Juſtiz- und Policei-Sache. Es hatte Zoesius in den Pandecten Commentar lib. 8. T. 2. nr. 16. geſagt: „man könne gegen den Nachbar, der ſein sterculinium an unſere Wand anlegt, actione negotoria auftreten, und der Nachbar müſſe die Servitut beweiſen"; dagegen ſpricht Oldendorp, de actione I. Class. 3. Art. 4. „talis servitus prorsus constitui non potest, *publica utilitate reclamante*", und Manz de serv T. 2. qu. 58. nr. 177. ſetzt hinzu: „Quae meo judicio in *civitatibus praecipuis*, non tamen in parvis municipiis, pagis et villis, obtinent, ubi tales servitutes utique frequentes sunt".

darauf, daß der eine Hausbeſitzer ſeinen Abtritt, ſeine Schwindgrube, ſeinen Schweinſtall ꝛc. hart an des Nachbars Hauswand oder Brunnen ſo anlegen dürfe, daß hierdurch dieſes Beſitzthum Schaden leide; indem bei zuſammengebauten Häuſern (contiguis), abgeſehen von ungeſunden Schmuz und Geſtank, der durch den Abtritt ꝛc. herbeigeführte Ruin eines Hauſes immer auch die andern angränzenden Häuſer gefährdet, und weil die Hauseigenthümer ihre durch Abtritte vergiftete oder unbrauchbar werdende Brunnen eingehen laſſen, während doch auch die Privatbrunnen zum allgemeinen Dienſte im Nothfalle, z. B. bei einem Brande, beſtimmt ſind u. ſ. w.

Auch wird

2) das unterſcheidende Merkmal nicht darin gefunden werden können: „ob die geſetzlichen Beſtimmungen des Baurechts u. d. gl. im Civil-Geſetzbuche, oder in beſonderen Verordnungen, ſich befinden".

Denn nicht das Blatt, auf welchem das Geſetz gedruckt oder geſchrieben ſteht, auch nicht ſein Name, kann beſtimmen, ob es in das Privatrecht, oder wohin es gehöre, ſondern der Gegenſtand, von welchem es ſpricht, und die Richtung, unter welcher es die Rechtsverhältniſſe jenes Gegenſtandes beſtimmt, muß entſcheiden, zu welcher Claſſe das Geſetz zu zählen ſey. Die Geſetze ſind ein ſolches Ganze, daß jemehr man ſie ſcheiden will, deſto mehr ihr Zuſammenhang und ihr Eingreifen in einander merklich und fühlbar wird.

§. 5.

Es iſt endlich auch

3), um in das Allgemeine zurückzugehen, der gute Rath, oder das Prinzip, eine ſchlechte Hülfe in der Noth: „man müſſe darauf ſehen, ob eine causa publica im Mittel liege, oder nicht".

Abgeſehen davon, daß der Ausdruck: „causa publica" äußerſt vieldeutig iſt, giebt es unendlich viel ſtreitige Rechtsſachen, welchen auch eine causa publica zum Grunde liegt, ohne daß es jemanden einfallen könnte, ſie in das Gebiet der Adminiſtration zu verweiſen. In allen Rechtsſachen lebt und webt ſchon die causa publica, vermöge welcher alle Rechtsſtreitigkeiten zwiſchen Unterthanen an ordentliche Gerichte verwieſen werden müſſen, damit nicht der Staat ſelbſt als Richter in eigener Sache gegen den unter dem Schutze des Geſetzes lebenden Unterthan ſich conſtituire, auf dieſe Weiſe aber noch mehr, als eine, von den teutſchen Regenten ſelbſt verbannte, Cabinetsjuſtiz entſtehe, d. h. eine Willkühr ſolcher Adminiſtrations-Beamten, welche ſchon der Natur der Sache nach

auf dem kalten unparteiischen Standpunkt eines Beamten der Rechtspflege nicht stehen und dorthin nie treten können.

Aber auch eine Menge Einzelnheiten des Civilgesetzbuches nehmen, mittelst einer Beschränkung natürlicher Privatrechte, Rücksicht auf das Gemeinwohl, z. B. die Gesetze wegen des Pflichttheils über verbotene Schenkungen gegen Verschwender, so wie die Vorschriften des Hypothekenwesens, die Edictalladungen u. s. f. Wollte man daher consequent seyn, so müßte man, wo nicht alle, doch sehr viele streitige Rechtssachen, von denen jetzt Niemand zweifelt, daß sie zu den Civilgerichten gehören, in Baiern z. B. die Bausachen insgesammt [1]), ohne allen Unterschied an die Polizeiämter verweisen. Am Ende wäre die Civil- und Strafrechtspflege auf nichts reducirt. — Wir behielten nur Polizeiämter, Rentämter u. d. gl.; denn alles wäer causa publica. —

Und so kommt man endlich auf das Resultat: es ist vergeblich, eine lange Specification derjenigen Sachen anzuschlagen, welche resp. für die Administrations-Behörden und resp. vor das Gericht gehören sollten, sondern man muß, um eine allgemeine durchgreifende Regel zu haben, als sacra constitutio, als Staatsgrundgesetz, aufstellen:

> Keine Administrativ-Behörde kann entscheiden über streitige Privatrechte, mögen diese streitig seyn, a) zwischen mehreren Gesetzuntergebenen, oder b) zwischen ihr selbst und einem Unterthan, obgleich im Falle a) ein unmittelbares Staatsinteresse, eine causa publica, mit jenem streitigen Privatrecht sich verflechtet, und also die Staatsgewalt, des Zweckes des Staats wegen, sich befugt und pflichtig findet, das für das Beste des Staates Erforderliche, dessen Recht, jenem Privatrecht an die Seite, oder gegenüber zu stellen, auf daß auch das Recht des Staates unverletzt bleibe, realisirt, und in wahrer Collision vorgezogen werde.

Hat also eine Administrationsstelle Hand an eine Sache gelegt, die an sich und zunächst ihr Gegenstand ist, so muß sie die angelegte Hand sobald zurückziehen, oder ruhen lassen, als das Subject, welches bei der Sache betheiligt ist, darauf hinweiset, „die Sache sey, oder werde von jetzt an, eine Rechtssache", und sobald jenes Subject auf rechtliches Gehör anträgt.

Daß die Administrativ-Behörde jetzt über ihre Competenz reflectire, und also urtheilend prüfe: „ob die Sache, jenes Widerspruchs ungeachtet, nicht eine reine Administrationssache sey"? ist ihr sowenig abzusprechen, als dem Richter die Be-

1) Novellen zur Gerichtsordnung I. S. 93.

fugniß, über die Competenz ſeines Gerichts — ſeines öffentlichen Amtes — eine Erkenntniß zu fällen.

Auch führt es zu weit, jener Verwaltungs-Behörde die Befugniß zu ſolchen proviſoriſchen Verfügungen abzuſchneiden, ohne welche ein gerechtes Staatsintereſſe, oder das Gemeinwohl, unterdeſſen, bis jener Zweifel gehoben ſey, in Gefahr ſchweben würde. Und wenn ſie ſich nun für competent erklärt, weil die Sache keine Rechtsſache, ſondern ein reiner Adminiſtrations-Gegenſtand ſey, ſo hat der Betheiligte kein Recht, ſie, jene Adminiſtrations-Behörde, als ſolche, (von einer analogen Syndicats-Klage oder actio in factum gegen die Perſon des Adminiſtrationsbeamten abgeſehen,) ſofort bei den Civilgerichten zu belangen, oder an dieſe zu appelliren; ſondern auch hier iſt eine Inſtanzen-Stufen-Folge zu beobachten.

Von der Staatsgewalt oder Regierungsgewalt im allgemeinſten Sinne gehen einzelne Gewaltſtrahlen aus, z. B. die Gewalt der Rechtspflege, Polizeigewalt, Finanzgewalt u. ſ. w., welche letztern man wohl der Juſtiz- oder Rechtspflege-Gewalt gegenüber ſtellt, und Regierungs- oder Adminiſtrativ-Gewalt in specie benennt. Jede dieſer Gewalten hat immer ihr eigenes Gebiet, ihre Gegenſtände, und in dieſem Gebiet iſt ſie unabhängig von dem andern Strahl oder Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinſten Sinne; m. a. W. dieſe Unter-Neben-Gewalten ſind ſich coordinirt, nicht ſubordinirt. Man kann alſo die Polizei, oder die Finanzbehörde, als Gewalt, ſowenig bei der Juſtiz verklagen, als die Polizeigewalt die Rechtspflege beherrſcht. Staatsgeſetze müſſen erſt beſtimmen, wann, wie und wieweit, die eine der neben einander beſtehenden Untergewalten auf die andere einwirken darf [2]).

Wenn alſo ein Unterthan bei dem Beſchluß einer Adminiſtrativ-Behörde ſich nicht beruhigen, inſonderheit auf gerichtliches Gehör dringen will, ſo muß der Beſchwerte mit ſeiner Beſchwerde vorerſt an die Adminiſtrations-Oberbehörde, wohl an den Regenten ſelbſt, oder an das Consistorium Principis ſich wenden, welches, mit dem Regenten an der Spitze, alle Gewaltſtrahlen dirigirt. Hier hört (laßt uns dieſes Vertrauen haben!) die Vorliebe für einen Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinſten Sinne auf; hier kann, muß

2) Fehlen ſolche Geſetze, ſo können zwiſchen den Behörden verſchiedener Untergewalten eben ſolche Conflicte entſtehen, wie zwiſchen coordinirten Gerichten, z. B. Proteſtationen, Beſchwerden bei der gemeinſchaftlichen Obergewalt u. d. gl.

und wird, nach einer ernſten und weiſen Prüfung ausgeſprochen werden: ob die Sache vor die Civilgerichte zu verweiſen, oder ein reiner Gegenſtand reiner Adminiſtration ſey *).

Allein es giebt auch eine nicht dorthin gehörige Seite, von welcher aus der Staat ſelbſt, oder der Inhaber der Regierungsgewalten, mit einem ſolchen Rechtskreis umgeben iſt, welcher die nämlichen Verhältniſſe darbietet, wie der Privatrechtskreis eines Untergebenen der Regierungsgewalt. Man ſehe hin auf die Adminiſtration der Domainen **), auf Erhebung der Zehnden, Zinſen, und anderer ähnlicher Einkünfte des landesherrlichen Fiscus. Wann ſolche Rechte mit den Privatrechts-Verhältniſſen eines Unterthans in Colliſion und Widerſtreit gerathen, ſo kann man die Sache, genau betrachtet, eine Regierungs-Adminiſtrations-Sache gar nicht nennen, ſondern die Gerechtigkeit verpflichtet den Inhaber der Staatsregierung, daß er in jenem Gebiete ſich ſelbſt der eigenen rechtsgeſetzgebenden Gewalt untergebe, und die Sache als Gegenſtand der angeordneten Gerichte anerkenne. Und ſo finden wir es auch wohl überall in Teutſchland. Der Fiscus, die Finanzkammer, oder wie die Verwaltungsbehörde heißen mag, wird in Klage genommen, ſey es auch vor einem dazu beſtimmten privilegirten Gerichtsſtand. Eben ſo iſt dieſes der Fall in Hinſicht auf eigentliche Privatrechts-Verhältniſſe des Regenten, z. B. wegen deſſen Chatoulle-Gütern, Privatverträgen u. d. gl. Auch kann eine Regierungs-Adminiſtrations-Behörde Privatverträge ſchlieſen, z. B. wegen Getraide-Lieferungen u. ſ. w., und untergiebt ſich dann durch dieſe Handlung ſelbſt, durch das Rechtsgeſchäft, dem Gericht — jene Behörde wird Subject des Civilproceſſes vor dem Civilrichter.

§. 6.

Man wird alſo immer darauf zurückkommen: eine adminiſtrirende Behörde ſoll keine entſcheidende, keine Gerichtsbehörde ſeyn. Denn ſobald a) eine ſolche ſtreitige Rechtsſache vorliegt, in welcher zwei Unterthanen als Parteien einander gegenüber treten, ſo kommen auch, wie die Gerechtigkeit es unnachläßig fordert, die Civilgeſetze zur Anwendung; und hiebei iſt eine Adminiſtration, als ſolche, gar nicht fähig, die auf das ſtreitige Rechtsverhältniß anwendbaren Geſetze aufzufinden und den Willen des Geſetzes auszuſprechen. Die adminiſtrative Stelle mit Richtern zu beſetzen, iſt eine unnöthige

*) Verantwortlichkeit der Miniſter.

**) Wohl auch Kammergüter genannt.

koſtſpielige und deshalb mit der causa publica nicht vereinbare Verdoppelung der Rechtspflege-Aemter. Tritt aber b) die Adminiſtrationsbehörde ſelbſt und allein mit einem Unterthan in einen Rechtskampf, ſo iſt es noch mehr ungerecht und läuft noch ſtärker gegen die causa publica, daß ſie Richter in eigener Sache ſey.

Man ſcheide alſo die Sachen, bei welchen keines jener Partei-Verhältniſſe eintritt, und befreie von dieſen die Gerichte gänzlich und für immer; jede Sache aber, bei welcher ein ſtreitiges Rechtsverhältniß eintritt, ſey es das unter a. oder b., gleich anfänglich oder nachfolgend, überlaſſe man den ordentlichen Gerichten, wo dann die intereſſirte adminiſtrative Behörde, nach vorgängigem Verſuch, die Parteien unter einander und ſich ſelbſt mit jenen und mit ihrem alleinigen Gegner zu vereinbaren, resp. gleichſam als Intervenient, resp. als pars litigans mit einer Hauptrolle, erſcheinen und das Staatintereſſe wahren kann. Das hieße die wahre und heilſame Trennung der Juſtizpflege von der Adminiſtration! Wäre es weiſen erfahrnen Männern wohl unmöglich, jene Trennung in beſtimmten Geſetzen auszuſprechen und vorzuzeichnen? O dann laßt uns lieber eher als ſpäter verzweifeln an der Möglichkeit, die Juſtiz und die Adminiſtration auf einen reinen Standpunkt zu erheben! —

Wenn ſelbſt das Recht dem in Gefahr ſchwebenden Staatswohl geopfert werden müßte, mit möglicher oder nicht möglicher Entſchädigung des vom Genuß des Geſetzes und ſeines erworbenen Rechtes verdrängten Subjects, §. 1. a. E., ſo kann keine Adminiſtrationsſtelle, ſondern nur die höchſte Machtvollkommenheit des Regenten, jene harte Nothwendigkeit ausſprechen und realiſiren. Dieſes Nothrecht der Machtſprüche iſt untrennbar von der höchſten Regierungsgewalt — iſt nie Gegenſtand einer verwaltenden Stelle. Doch gehört hierzu nicht der Fall, wann die dem Unterthan publicirten, verfaſſungsmäßig ertheilten, Geſetze diejenigen Verhältniſſe zum Voraus beſtimmen, in welchen der Staatsbürger und Geſetzuntergebene pflichtig ſeyn ſolle, ein erworbenes Recht dem Staat abzutreten, oder, eines Bedarfes des Staates wegen, auf jenes jus quaesitum zu verzichten *). Weigert ſich hier der Unterthan, weil die Bedingungen des Geſetzes nicht vorhanden ſeyen, ſo wird die Sache adminiſtrativ-

*) z. B. L. 14. §. 1. Dig. quemad. serv. amitt. 8. 6. Verlangt ein Unterthan vom Unterthan das Opfer eines erworbenen Rechts, ſo iſt dieſer ein reiner Gegenſtand der Civilgerichte z. B. §. 4. Inst. de donat. 2. 7. L. 12. pr. Dig. de relig. 11. 7.

contentiös, und gehört alsdann zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte.

§. 7.

Einige Rechtsfälle sollen zum Beweis dienen, daß eine andere Sonderung als die, welche §. 6. angedeutet wurde, in Labirinthe führt und sowohl die Justizpflege als die Administration sehr nachtheilig behelligt.

A.

In der Hauptstadt ereignete sich, daß in einem Privatbrunnen, der im Hofraum nahe an der Scheidewand angebracht ist, das Wasser immer bräuner und übelriechender wurde. Der Eigenthümer ließe den Brunnen öffnen, die Teichen herausnehmen, und es fand sich, daß durch die Brunnenmauer, auf der Seite gegen die Scheidewand, an mehreren Stellen eine Materie durchfloß, und sich in dunkeln Streifen in den tiefen Brunnen ergoß. Es bliebe daher kein Zweifel darüber zurück, daß im benachbarten Hause an der Scheidewand ein Privet mit Schwindgrube angebracht seyn müsse. So befande es sich auch wirklich. Der Eigenthümer des beschädigten Brunnen stellte, hinsehend auf die Landesgesetze §. 3., bei dem Polizeiamte Klage an, und verlangte, „daß ein Augenschein vorgenommen, und nach Befund und Urtheil der Werkverständigen eingeschritten werde". Er erhielt folgenden Bescheid:

„Da die Polizeistelle über Untersuchung und Entscheidung der Beschwerden wegen Beschädigung und Unbrauchbarmachung eines Brunnen, als einer privatrechtlichen Streitsache, nicht competenter Richter ist, und hier auch keine causa publica im Mittel liegt, so wird Kläger mit dieser Sache von hier an das Civilgericht abgewiesen".

Der Kläger besorgte, daß das Civilgericht diese Sache nach den bestehenden Gesetzen nicht annehmen werde. Er wendete sich deswegen, und weil er freilich auch eine langsame Thätigkeit des Civilgerichts befürchtete, an die Obervolizeistelle, vor welcher er den Umstand daß hier causa publica obwalte, daraus zu deduciren suchte, weil es zunächst einem Grundsatze der Gesetzgebung gelte, dieser Grundsatz aber im vorliegenden Fall die Frage betreffe: „ob nicht die Polizei im allgemeinen für Brunnen zu sorgen habe, und ob nicht die Existenz und der gute oder schlechte Zustand der Privatbrunnen das Publikum vorzüglich interessire? indem die öffentlichen Brunnen nicht für alles ausreichten, nnd daher auch die Privatbrunnen zum Besten des Gemeinwohls zu unterhalten wären, u. d. gl.". Es erfolgte aber der Beschluß:

„daß die Verweisung der Klage an das Civilgericht lediglich zu bestätigen sey".

Nunmehr stellte der Kläger sein Gesuch an das Civilgericht, und aus Besorgniß, von Pilatus an Pontius zurückgeschickt zu werden, sahe er sich genöthiget, die Competenz des Civilrichters zu deduciren. Der Kläger stützte sich darauf: „daß das Civilgericht von den Polizeiämtern selbst als competent bezeichnet worden wäre, muhin jenes keinen Competenz-Conflict mehr zu befürchten habe, er, Kläger, auch nicht recht- und hülflos gelassen werden könne". Zum Glücke nahm das Civilgericht die Klage an, und zwar als eine actio de damno infecto, weil das Civilgesetzbuch die Verordnung, „Niemand solle an des Nachbars Wand ein Privet anlegen dürfen," unter der Rubrik de damno infecto enthalte.

Es soll dieser, von der Polizeibehörde gewiß vorsichtig und gerecht behandelte, Rechtsfall nur soviel beweisen, daß die Gesetzgebung, indem sie den ordentlichen Richter der administrativ-contentiosen Sachen entheben will, sich und die Officialen selbst verwirrt, diese nöthiget, schwankende Gründe der Competenz aus den Gesetzen zu erpressen, noch mehr aber Veranlassung giebt, daß der Unterthan die Gränzen der verschiedenen Competenzen gar nicht mehr zu finden vermag, und daher hie und dort erst anklopfen muß, ob man ihm wohl Gehör geben wolle. Ja leicht möglich ist es, daß die verschiedenen Behörden in einen, vielfach nachtheiligen, selbst öffentlich ärgerlichen, Streit über ihre Competenz unter sich selbst gerathen, und daß der Unterthan entweder abwarten muß, wie man sich dort oben verständigen werde, oder gar in Gefahr tritt, daß die eine Stelle das vernichte, oder unwirksam mache, was die andere verfügt oder ausgesprochen hat.

Dieses mag

B.

ein zweiter Rechtfall belegen; es mag durch solchen sich versinnlichen, daß, wenn Civil- und sogenannte Administrativ-Justiz getrennt sind, die beiderseitigen Richter, bei dem besten Willen und warmen Gefühl für Gerechtigkeit, in Gefahr stehen, die Gränzen ihrer eigenen Befugnisse und der Oberinstanzen zu verlernen, und so, gegen eigenen Willen, alles unter und über sich zu kehren.

Mehrere Jahre hindurch war bei den Civilgerichten ein Streit über den Genuß von Quellen anhängig, welche in den Gründen des A*. entspringen, die jedoch B*. deßwegen anspricht, weil sie ihm zur Wässerung seiner Wiese nothwendig, dem A*. aber entbehrlich seyen. Nach einem Augenschein und nach Zeugenverhören wiese das Gericht den B*.

mit seinem Anspruche ab *). Dieser B*. appellirte, und das Gericht zweiter Instanz erließe (vor der Entscheidung in der Sache selbst) folgendes Decret:

„daß, weil zwar jedem Gute ein bedeutender, dem Gute Gute des B*. aber noch ein größerer Schade zugehe, wenn die Quellen einem Theile ausschließend zuerkannt würden, noch ein Vergleich versucht werden sollte, wozu die Theile durch die Vorstellung bewogen werden mögten, daß bei dem beiderseits hergestellten Bedürfnisse der Quellen selbst in dem Falle, wenn diese sämmtlich in foro justitiae einem Theile zuerkannt werden müßten, von Polizeiwegen eine Theilung des Wassers bevorstehe".

Gewiß sonderbar! Aengstlich besorgt das wohlwollende Civil-Obergericht der Polizeistab möge die res judicata zertrümmern! Nun, wenn ein Privatinteresse obiger Art auch noch von den Civilgerichten den causis publicis beigezählt werden müßte, so wäre keine Gerechtsame mehr sicher gegen die Allmacht der Administrativ-Gerichte! Der Hutberechtigte z. B. incommodirt den Feldbau in einer Gemeindeflur; gleich nennt man das Gemeindewohl; oder vielmehr man nennt den gleichmäßigen Privatvortheil einer Anzahl einzelner Privatsubjecte sogar ein Gemeinwohl, eine causa publica, und wirft die ganze Schäferei von Staatsadministrations- oder Polizeidirections wegen flugs über Bord u. d. gl. Das führt mit den besten Absichten zu einer gutmüthigen Despotie, die aber, sammt dieser menschlichen Qualität, den ersten und höchsten Staatszweck untergräbt — Sicherheit des Eigenthums, und aller unter dem Schutze der Gesetze erworbenen Rechte. Sie wird vermieden, läßt man den ordentlichen Gerichten, was des Richters ist, und führt man die Administrations-Officialen durch Rechtskenntnisse und bündige Dienstinstructionen zu einem lebendigen Ergreifen des Begriffs des Gemeinwohls und zur klaren Kenntniß der Gränzen zwischen Recht und idealer Willkühr, welche in zehn verschiedenen, noch so gerechtwilligen, Subjecten oft zehn verschiedene Resultate hervorbringt, und den öffentlichen Instituten der Regierung das Zutrauen entziehen kann.

*) Theils, weil jene Nothwendigkeit und Entbehrlichkeit nicht erwiesen war, theils wohl in Hinsicht auf das Civilgesetz, welches dem Grundbesitzer erlaubt, das auf seinem Eigenthum entspringende Wasser so lange willkührlich zu verwenden, als nicht eine von einem Nachbar ꝛc. erworbene Servitut in jener Benutzung ihn beschränkt. Archiv für die civil. Praxis Bd. 3. Heft. 1. nr. V. pag. 63 ff.